

ÖZELLEŞTİRME YÖNTEMİ OLARAK İHALE

Onur Karahanoğulları*

Olaylar kavramlaştırılarak incelenir. İhalenin bir özelleştirme yöntemi olarak kuramsal alana aktarılması da bir kavramlaştırmanın, ancak yanlış bir kavramlaştırmanın sonucu olarak gerçekleşmiştir. Belediyelerin kamu hizmetlerini görme pratiklerinin, anglo-amerikan anlayışlı kuramcılar tarafından ele alınması alanının şansızlığı olmuştur. Türk idare hukuku geleneğinden ve verilerinden kopuk bu çabaların sonuçları, olguları kavramaktan uzak olduğu kadar önemli kuramsal sorunlar yaratacak niteliktedir. İdarenin bütünlüğü ilkesi, olguların yanlış kavramlaştırılıp kuramlaştırılması ve bunun da yanlış uygulamalara dayanak olması nedeniyle belediyeler bakımından zayıflamıştır.

İhaleyle Özelleştirme

Yerel yönetimlerde özelleştirme uygulamalarını ele alan çalışmaların tümünde "ihale", belediye hizmetlerinin özelleştirme yöntemleri başlığında değerlendirilmektedir.¹

İhale yöntemini, ülkemizdeki belediyelerce öteden beri bilinen ve uygulanan bir özelleştirme yöntemi olarak gören bu yaklaşıma göre, ihale yöntemi "kamu hizmetlerinin özel sektör kişi veya kuruluşlarınca bir sözleşmeye dayalı olarak yürütülmesidir."²

Bu yaklaşıma göre, 1580 sayılı Belediye Kanunu (m.15/24) ve 3030 sayılı Büyükşehir Beledi Kanunu'ndaki (m.6A) belediyelerin görevlerini sayarken kullanılan aktif ve ettirgen anlatım ayrımı ile (yapmak-yaptırmak, işletmek-işlettirmek, kurmak-kurdurmak gibi) Devlet İhale Kanunu'nun, uygulama kapsamına belediyeleri de alan 1.

* AÜSBF Kamu Yönetimi Bölümü İdare Hukuku Araştırma Görevlisi

¹ Örneğin, Tunay Köksal, **Belediye Hizmetlerinin Özelleştirilmesi Yöntemleri ve Uygulamaları**, DPT yayın no 2328, Ağustos 1993. İhale yönteminin nasıl ele alındığını aktarırken bu eserden yararlanılacaktır. Kaynaklar çeşitlendirilebilirse de, görüşler çeşitlenmemektedir, çalışmalar birbirinin tekrarı niteliğindedir.

² Ibid, s.27

maddesi ihale yönteminin yasal dayanaklarını oluşturmaktadır.

İhale yönteminin uygulama örnekleri olarak şunlar sayılmaktadır:³

ASKİ saat okuma, fatura düzenleme, teçhizat bakım ve onarımı işlerini ihale etmiştir.

- 1979 sonrasında yedi büyük kentin kentsel ulaşım çalışması ihale edilmiştir. Örneğin, Ankara'da hafif raylı sistem ile metro ve İstanbul metrosu uluslararası ihaleye konu olmuştur.
- Gaziantep Büyükşehir Belediyesi, uzak mesafeli nakliye işlerini, su-kanal işlerinin bir kısmını, taş ocaklarının işletilmesini ihale etmektedir.
- Adana belediyesi katı atık toplanması ve yok edilmesi işlerini ihale etmiştir.
- Yine Adana Belediyesi, emlak vergisi toplama görevini, belediye emlak dairesinde yapılabilecek tüm hizmetleri ihale etmiştir.
- Manisa belediyesi, dere ıslahı, otopark yapımı, kavşak düzenlemesi, büyük kanalizasyon, beton bordür, parke ve karo döşenmesi, su sondaj kuyusu açılması, menfez ve taş duvar yapımı, çarşı pazar yeri ve park düzenlemeleri, beton üretimi, sosyal tesisler yapımı işlerini ihale etmiştir.

İhale Özelleştirme Yöntemi Değildir

Sonuçtan başlayarak belirtelim. İhale bir özelleştirme yöntemi değildir. Başka bir ifadeyle ihale, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yöntemi değildir.

Kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi ruhsat ve sözleşme yöntemleriyle gerçekleştirilir. Sözleşme yönteminde de çeşitli sözleşme tipleri ortaya çıkar.

İhale bir sözleşme değildir. Anglo-amerikan sistemindeki *contracting-out* uygulamasının ihale yöntemi olarak anlaşılması yanlış bir çeviri olur. *Contracting-out*, genel olarak kamu hizmetlerinin özel kişilere sözleşmeyle gördürülmesini anlatır.⁴

Fransız hukukunda *contrats des marchés publics* (ihale sözleşmeleri), kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yöntemlerinden biri olarak kullanılmakla birlikte

³ Ibid., 150-155

⁴ *Contracting-out* için bkz P.P. Craig, **Administrative Law**, 3.B, London, Sweet&MAxwell, 1994, s.108-113

Türk idare hukukunda idarenin sözleşmeleri arasında ihale sözleşmeleri şeklinde bir kavram bulunmamaktadır.⁵

Türk hukukunda ihale, idarenin sözleşme yaparken uymak zorunda olduğu yöntem kuralları olarak tanımlanmaktadır.⁶

İhale, idarenin sözleşme iradesini oluşturmada uymak zorunda olduğu idari yöntemdir. İdarenin sözleşme iradesini oluşturma yöntemidir. Gerçek kişiler sözleşmeye girerken sözleşme iradelerini salt zihinsel süreçte oluştururken idare, sözleşmelerde hukuka uygunluğu, kamu yararını ve denetlenebilirliği gerçekleştirmek için hukuken belirli yöntemlere tabi tutulmuştur.

İdarenin sözleşme iradesini oluşturma yöntemi olan ihale, genel olarak 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bunun dışında çeşitli kanunlarla, kimi idari birimler Devlet İhale Kanunu'ndan ayırık tutulmuştur. Ancak bunların ihale yöntemleri de başka hukuki araçlarla düzenlenmiştir.

İhalenin bir sözleşme türü ve dolayısıyla özelleştirme yöntemi olmadığı, ihalenin idarenin sözleşme iradesini oluşturan idari yöntem olduğu saptanmasından sonra, ihale olarak nitelenen uygulamaların ne olduğu sorusu yanıtlanmalıdır.

İhale-Sözleşme-Kamu Hizmetlerinin Gördürülmesi Sözleşmeleri

İdari işlev iki öğeden oluşur. Kolluk ve kamu hizmeti. Kolluk işlevi esas olarak sözleşmeye konu olamaz ve idarece yerine getirilir.

Kamu hizmetinin asli sahibi idaredir. İdare kamu hizmetini kendisi yerine getirebileceği gibi, özel kişilere de gördürebilir. Kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde, istisnai olarak idarenin tek yanlı iradesiyle ruhsat vermesi ve esas olarak da özel kişiyle sözleşme yapması yöntemleri kullanılır. Bu sözleşmeler idari sözleşmelerdir.

⁵ Meltem Kutlu, **İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci**, İzmir, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No 75, 1997, s.19/dpn 59, s.65

⁶ Ibid, s.91

Bu sözleşmelerin idari sözleşmeler olduğunu özellikle vurguladık. Zira, bunlar kamu hizmetine ilişkin olması ve kamu hizmetinin asli sahibi olan idareye özel hukuku aşan yetkiler tanınması nedeniyle idaridir. Bunların dışında idare, doğrudan kamu hizmetinin görülmesini konu almayan fakat, nihai olarak kamu hizmeti işlevinin yerine getirilmesine yarayan sözleşmeler de yapar. Bu sözleşmelerde idare, özel hukuk kişileriyle eşit olarak ilişkiye girer ve yaptığı sözleşme özel hukuka tabi olur. Örneğin, belediyenin elindeki, kamu hizmetine tahsis edilmemiş bir taşınmazın kiralanmasında, özel hukuka tabi bir kira sözleşmesi yapılır. Kiradan elde edilecek gelir, nihai olarak belediyenin görevli kılındığı kamu hizmetlerinin yerine getirilmesine ayrılacak olsa da sözleşmenin konusu bir kamu hizmetinin yerine getirilmesi olmadığı için sözleşme özel hukuka tabidir.

Hemen hatırlatalım, kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesini konu alan idari sözleşmeler de idarenin yaptığı özel hukuk sözleşmeleri de ihale sürecinden geçirilerek oluşturulur. İdarenin özel hukuk kişileriyle eşit düzeyde sözleşme yapıyor olması, sözleşme yapma iradesini oluşturmada idari yöntemlerden kurtulma imkanına sahip olduğu anlamına gelmez. İhale, idari sözleşmeler ve idarenin özel hukuk sözleşmeleri, özetle "idarenin sözleşmeleri" oluşturulurken izlenmesi gereken idari yöntemdir.

İdarenin kamu hizmetlerini özel kişilere gördürürken ortaya çıkan sözleşmelere gelince bunlar, "müşterek emanet sözleşmeleri", "iltizam sözleşmeleri" ve "imtiyaz sözleşmeleri"dir.

Bu üç yöntemde de sözleşme konuları, kamu hizmetlerinin kurulması veya kurulmuş kamu hizmetinin yerine getirilmesi (işletilmesi)dir. Türler arasındaki farklılık, hizmeti kurma ve görmenin yanı sıra, riskin ait olacağı taraftan ve özel kişinin karının idareden alınacak ücretten veya hizmetten yararlananlardan alınacak bedelden oluşmasıdır. türler arasındaki farklılık esasen bu unsurların çeşitlemesinden oluşmaktadır.

Bu bağlamda, bunları tek bir başlık altında değerlendirmek mümkündür. Söz konusu sözleşmelerin en temel özellikleri idari nitelik taşımaları, bu nedenle idari yargıya tabi olmaları ve tahkim şartını öngörememeleridir. Ancak, imtiyaz sözleşmeleri konusunda artı özellikler ortaya çıkmaktadır. İmtiyaz sözleşmeleri Danıştay'ın öndenetiminden geçirilir (hatta Menafı Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun'da kimi durumlar için TBMM denetimi de öngörülmektedir). Bu nedenle yasal tanımları bulunmayan

sözleşmelerin birbirinden ayrılması önem kazanmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin ve Danıştay'ın kararlarıyla imtiyaz sözleşmeleri en genel ve kapsayıcı yöntem olarak değerlendirilmekte; imtiyaz sözleşmeleri tüm diğer kamu hizmetinin gördürülmesi sözleşmelerini yutmaktadır. Öğretide, bu eğilimden farklı olarak, kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesinde farklı sözleşme türleri bulunduğu ve yeni sözleşme türleri de yaratılabileceği savunulmakta ve bütün bunları kapsamak üzere "kamu hizmeti devri sözleşmeleri (contrats des délégation des services publics)" terimi önerilmektedir. Kanımca, tüm bu yöntemlerde, kamu hizmetinin "devri" sözkonusu değildir. "Kamu hizmetini gördürme sözleşmeleri" daha yerinde bir terim olabilir. Ayrıca, yeni türler yaratılabileceği ileri sürülmekteyse de, yukarıda belirtilenler dışında temel farklılık unsurları yaratılamayacağına göre, yeni tür yaratma yeni adlandırmadan öteye gidemeyecektir. Bütün bu tartışmalarda unutulmaması gereken nokta, kamu hizmetinin gördürülmesi sözleşmelerinin, yeni tür de yaratılsa, idari sözleşme niteliği taşımak zorunda olmasıdır.

İhale Yöntemiyle Yapıldığı Söylenen Uygulamaların Niteliği Nedir?

İhale yöntemiyle yapıldığı söylenen özelleştirme uygulamaları bu çerçevede değerlendirilmelidir. Her bir sözleşmenin ayrı ayrı değerlendirilerek hangi tip idari sözleşmeyi oluşturduğu saptanmalıdır. Uygulamada nasıl adlandırılırsa adlandırılsın hukuksal saptamada ve özellikle yargı denetiminde, işlemin niteliği esas alınır.

İlk olarak bu uygulamalardan bir kısmı, nihai olarak kamu hizmetine yönelik olsa da, doğrudan kamu hizmetlerinin gördürülmesini konu almamaktadır. Bu durumda ortaya çıkan sözleşme, özel hukuk sözleşmesi olacaktır. Örneğin, idarenin, binasını ısıtmak için ihaleye çıkıp sözleşme yaparak kömür alması, idarenin göreceği kamu hizmetinin araçlarını ve malzemesini piyasadan eşit koşullarla temin etmesi, bilgisayarlarının, fotokopi makinalarının tamiri için sözleşme yapması.

İkinci olarak bunlar dışında kalanlar, doğrudan kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesini konu alan idari sözleşmelerdir. Örneğin, vergi toplanması işinin özel kişiye gördürülmesi, yalnızca maktu ücret öngörülmüş olsa da, iltizam yöntemi (sözleşmesi) olarak değerlendirilebilir.

Nelerin kamu hizmeti olduğu oldukça tartışmalıdır. Anayasayla devlete yüklenen tüm

ödevler kamu hizmeti kapsamında değerlendirilebilir. Ayrıca, oldukça pratik bir tamamlayıcı ölçüt de önerilebilir. Kamu hizmetleri bakanlıklar olarak örgütlendiklerine göre, bakanlık örgütlerinin görevleri kamu hizmetlerini de belirler.⁷

Belediye işlevleri bakımından, kamu hizmetlerini saptama daha kolaydır. Kanunlarla belediyelere verilen tüm görevler kamu hizmeti olarak değerlendirebilir. Belediyenin kolluk görevlerini, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarına veya özel kişilere gördürebilmesi mümkün değildir. Kamu hizmeti olarak nitelediğimiz diğer işlevlerini gelince, bunları bir idari sözleşmeyle özel kişilere gördürebilmesi mümkündür. Bu idari sözleşmelerden hangilerinin imtiyaz niteliğinde olduğu belediye kanununda belirtilmiştir ve ayrı bir tartışma konusudur.

Sonuç Olarak

Sonuç olarak, ihale bir özelleştirme yöntemi değildir. Zira, ihale bir sözleşme türü de değildir. İhale, özel olsun idari olsun, idarenin sözleşme iradesini oluşturmada izlemesi gereken idari yöntemdir.

Özelleştirme iki şeyi kapsar. Kamu mallarının özelleştirilmesi ve kamu hizmetlerinin gördürülmesinin özelleştirilmesi. Nitekim, 4046 sayılı Özelleştirme Kanunu bu ayrımı benimsemiştir. Kamu hizmetlerinin gördürülmesinin özelleştirilmesi, yani bugüne kadar idarece görülen kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi, yukarıda ele alınan idari sözleşmeler aracılığıyla gerçekleştirilir. Ayrıca, çoğunlukla gözden kaçan bir husus, doğrudan kamu hizmeti niteliği bulunmayan fakat nihai olarak kamu hizmetine katkıda bulunan hizmetlerin, idarenin yeterli kaynak ve personeli varken özel kesimden karşılanmasıdır. Kaynak ve personel varken kamu hizmetine destek hizmetlerin, örneğin, tüm gerekli personel dururken bir üniversitenin temizlik ve yemek işlerinin sözleşmeyle özel kesime gördürülmesi, özelleştirme başlığı altında değerlendirilmelidir. Bir uygulamanın özelleştirme olup olmaması, hukuki aracı olan sözleşmenin idari sözleşme olup olmamasından bağımsızdır. Kamu hizmetlerinin özelleştirilmesinde esas araç idari sözleşmeler olmakla birlikte, kamu hizmetine ikincil olan destek hizmetler alanında,

⁷ Bu pratik ek ölçüt, A.Ü.S.B.F Ceza Hukuku araştırma görevlisi Tuğrul Katoğlu'nun önerisidir.

kamusal araçlar ve personel bulunmasına karşın hizmetler ve ihtiyaçlar özel kesimle yapılan özel hukuk sözleşmeleriyle karşılanmaktadır.